

Sygn. akt: KIO 1624/11

**WYROK**  
**z dnia 11 sierpnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2011 r. przez wykonawcę: **Instytut Monitorowania Mediów Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Kancelarię Sejmu w Warszawie**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Instytut Monitorowania Mediów Sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę: **Instytut Monitorowania Mediów Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Całodobowy serwis monitoringu mediów” zostało wszczęte przez Kancelarię Sejmu w Warszawie, zwaną dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 14 czerwca 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 157266-2011.

W dniu 26 lipca 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 29 lipca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawcę: Instytut Monitorowania Mediów Sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, odpowiedź na odwołanie, a także oświadczenia i argumentację stron zaprezentowane w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron.

### Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wykluczenia Odwołującego przez Zamawiającego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 5), art. 26 ust. 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Podkreślał on, iż usługa monitorowania mediów może być realizowana na dwa sposoby – na podstawie zgody dysponenta majątkowych praw autorskich (umowa licencyjna lub przeniesienie praw autorskich), albo też na podstawie licencji ustawowej (dozwolony użytek). Odwołujący jako ośrodek informacji i dokumentacji działa w oparciu o przepis art. 30 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r. Nr 90 poz. 631 z późn. zm.), zwaną dalej ustawą o prawie autorskim. Tymczasem Zamawiający, błędnie w ocenie Odwołującego, stanął na stanowisku, iż zgodny z prawem jest jedynie pierwszy ze sposobów realizacji przywołanych przez Odwołującego.

Kierując się takim przekonaniem Zamawiający pominął wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w piśmie z dnia 19 lipca 2011 r. Nie miał on jednak, zdaniem Odwołującego, jakichkolwiek kompetencji do rozstrzygnięcia o pierwszeństwie umów cywilnoprawnych nad licencjami ustawowymi. Opierając swe działania na takich błędnych przesłankach Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący podnosił, iż Zamawiający nie podał przy tym uzasadnienia faktycznego i prawnego takiej decyzji.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

#### Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą.

Wnosił on o oddalenie odwołania. Twierdził, iż Odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenie, zgodnie z którym jego prawo do przetwarzania i udostępniania w całości artykułów prasowych wynika z zawartych przez niego umów z organizacjami zbiorowego zarządzania lub poszczególnymi wydawcami. Oświadczenie to było wymagane postanowieniami SIWZ, których Odwołujący na odpowiednim etapie postępowania nie kwestionował. Wnioskował o jedynie o zmianę specyfikacji przez wykreślenie wymogu wykazania prawa do przetwarzania i udostępniania artykułów w całości. Mimo braku zgody ze strony Zamawiającego na dokonanie takiej zmiany, złożył on ofertę, a wraz z nią wspomniane oświadczenie. Jednak gdy Zamawiający wezwał go do przedstawienia kopii umów przywołanych w tym oświadczeniu, Odwołujący przedstawił własne pisemne stanowisko, z którego wynikało, iż nie musi on takich umów posiadać, gdyż działa na podstawie licencji ustawowej. Zamawiający nie podzielił argumentacji Wykonawcy i uznał, iż złożył on w toku postępowania o udzielenie zamówienia nieprawdziwe informacje, które miały oczywisty wpływ na wynik.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

W toku posiedzenia z udziałem stron, Izba ustaliła, iż w dniu 1 sierpnia 2011 r. wykonawca: Newton Media Sp. z o.o. doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zaniechał on jednak przesłania kopii powołanego zgłoszenia stronom postępowania. Nie wypełnił zatem ciążącego na nim, zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązku, dlatego też Izba uznała, iż nie przystąpił on w sposób skuteczny do postępowania odwoławczego, a tym samym nie uzyskał statusu uczestnika postępowania.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego w niniejszej sprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 2.2) SIWZ wymagał, aby Wykonawca składający ofertę wykazał, że posiada prawo do przetwarzania i udostępniania w całości artykułów prasowych pochodzących z publikacji periodycznych wymienionych w Rozdziale II SIWZ. Zgodnie z treścią pkt 3.1.d) SIWZ posiadanie takiego prawa Wykonawca miał poświadczyć poprzez złożenie oświadczenia, którego formularz stanowił załącznik nr 4 do SIWZ. Oświadczenie to było następującej treści: *„Oświadczamy, że nasze prawo do przetwarzania i udostępniania w całości artykułów prasowych pochodzących z publikacji periodycznych wymienionych w rozdziale II SIWZ wynika z umów cywilnoprawnych zawartych z: a) organizacjami zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi, którym na mocy decyzji Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego udzielono zezwolenia na zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi do publikacji periodycznych i mających samodzielne znaczenie utworów, składających się na zawartość takich publikacji, b) poszczególnymi wydawcami w odniesieniu do tych periodyków, których wydawcy nie powierzyli zarządzania przysługującymi im prawami autorskimi organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. W przypadku wybrania naszej oferty, zobowiązujemy się do przedstawienia takich umów przed podpisaniem umowy z Zamawiającym.”*

W toku postępowania o udzielenie zamówienia, w piśmie z dnia 28 czerwca 2011 r., Zamawiający, w odpowiedzi na pytania, wyjaśnił, że, o ile Wykonawca sam nie jest autorem

przetwarzanych materiałów prasowych, musi on nabyć prawo do przetwarzania i udostępniania utworów udostępnianych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia od twórcy, bądź od podmiotu, któremu przekazał on swoje prawa majątkowe lub któremu powierzył zarządzanie swoimi prawami. Wskazywał także, iż zgodnie z art. 17 ustawy o prawie autorskim regułą jest, że to twórcy przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz prawo do wynagrodzenia za korzystanie z utworu. Wyjątek zaś od tej reguły stanowią zapisy rozdziału 12 ustawy o prawie autorskim „*Organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi*”. Zamawiający stwierdził również, iż w odniesieniu do publikacji prasowych, do których ochrona praw autorskich nie została powierzona takim organizacjom regułą jest przenoszenie przez autorów artykułów prasowych autorskich praw majątkowych do utworów na wydawców. Dlatego też Zamawiający oczekiwał od Wykonawców oświadczenia o treści zawartej w załączniku 4 do SIWZ. Podkreślał on jednocześnie, iż nie jest istotne z jaką ilością wydawców dana organizacja ma podpisane umowy. Ważne jest to, aby Wykonawca wykazał fakt posiadania umowy cywilnoprawnej z podmiotami, które posiadają autorskie prawa majątkowe do utworów publikowanych w tytułach prasowych wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia. Zaznaczył przy tym wyraźnie, iż umowy te muszą upoważniać Wykonawcę do udostępniania w całości artykułów prasowych podchodzących z publikacji periodycznych, które mają samodzielne znaczenie utworów.

Odwołujący wraz z ofertą, złożył oświadczenie o treści zawartej w formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ.

Zamawiający, kierując się powołanym oświadczeniem, uznał, iż Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do realizacji przedmiotu zamówienia bez naruszania praw osób trzecich, uznał złożoną przez niego ofertę za najkorzystniejszą w postępowaniu. Pismem z dnia 15 lipca 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, aby ten wywiązał się ze swojego zobowiązania zawartego w treści powołanego oświadczenia i przedstawił mu umowy cywilnoprawne uprawniające go do przetwarzania i udostępniania w całości artykułów prasowych pochodzących z publikacji periodycznych wymienionych w rozdziale II SIWZ, zawartych z podmiotami wymienionymi w tymże oświadczeniu.

Odwołujący w odpowiedzi na powołane pismo, przedstawił własne stanowisko w sprawie. Zgodnie z nim niewłaściwa jest argumentacja Zamawiającego zaprezentowana w piśmie z 28 czerwca 2011 r. Wskazywał, iż obok sposobu realizacji usługi serwisu monitoringu mediów opisanego przez Zamawiającego, istnieje jeszcze drugi, w oparciu o jaki on zamierza świadczyć tę usługę. Zgodnie bowiem z art. 30 ustawy o prawie autorskim ośrodki

informacji lub dokumentacji, a takim jest Odwołujący, mogą udostępniać żadaną przez Zamawiającego treść na podstawie licencji ustawowej. W tym celu zawarł on umowę ze Stowarzyszeniem Kopipol, które jest uprawnione do pobierania wynagrodzenia za odpłatne udostępnianie egzemplarzu utworów. Dlatego też prowadzenie przez Odwołującego działalności jako ośrodka informacji lub dokumentacji nie wymaga dodatkowo posiadania podpisanych umów o przeniesienie autorskich praw majątkowych lub umów licencyjnych, na podstawie których będzie mogła być świadczona usługa stanowiąca przedmiot zamówienia.

Zamawiający, po zapoznaniu się z powołanym stanowiskiem Odwołującego, powtórzył czynność badania i oceny ofert, w wyniku której wykluczył go z udziału w postępowaniu. W jego ocenie Wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje (w treści oświadczenia złożonego na formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ poświadczył nieprawdę) mające wpływ na wynik postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Skład orzekający Izby, uwzględniając powyższe ustalenia, doszedł do przekonania, iż podnoszone przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym.

Izba stanęła na stanowisku, iż Zamawiający, w rozpatrywanym przypadku, określił w sposób precyzyjny i jasny, iż oczekuje od Wykonawców, aby ci realizując przedmiot zamówienia, nie naruszali majątkowych praw autorskich autorów udostępnianych Zamawiającemu w całości artykułów prasowych. Oczekiwanie to jasno wynika z treści SIWZ. Zostało ponadto podkreślone dobitnie w treści pisma z dnia 28 czerwca 2011 r. Zamawiający w piśmie tym wyjaśnia też do jakich umów odnosi się oświadczenie składane na formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ

Istotne w rozpatrywanym przypadku jest to, iż Odwołujący jeszcze na etapie przez upływem terminu składania ofert wnioskował do Zamawiającego o zmianę treści SIWZ, w szczególności usunięcia wymogu udostępniania w całości artykułów prasowych, oraz dysponowania prawem do ich przetwarzania i udostępniania. Podnosił, iż tak postawione wymogi są niemożliwe do spełnienia przez jakąkolwiek firmę, a ewentualne oferty będą zawierały oświadczenia niezgodne z prawdą. Niemniej jednak, mimo pozostawienia treści SIWZ w tym zakresie bez zmian, Odwołujący złożył ofertę, a wraz z nią oświadczenie, zgodnie z którym jego prawa do przetwarzania i udostępniania w całości artykułów prasowych pochodzących z publikacji periodycznych wymienionych w rozdziale II SIWZ wynika z umów cywilnoprawnych w tym oświadczeniu wskazanych.

W ocenie Izby zasadnie Zamawiający uznał, iż oświadczenie złożone przez Odwołującego nie odpowiada prawdzie, okoliczność zaś jego złożenia, w obliczu faktu, iż złożył on najkorzystniejszą cenowo ofertę (10 332 zł za miesięczną realizację usługi, wobec 11 500 zł w przypadku drugiej oferty), w sytuacji, gdy cena była jedynym kryterium wyboru, miała niewątpliwie wpływ na wynik postępowania.

Jak sam Odwołujący przyznał w toku rozprawy przed Izbą, nie posiada on umów ze wszystkimi wydawcami wydawnictw ujętych w opisie przedmiotu zamówienia, zaś w jego ocenie do realizacji usługi serwisu monitoringu mediów uprawnia go umowa zawarta ze stowarzyszeniem Kopipol. Jednocześnie w innym miejscu oświadczył on, iż stowarzyszenie to jest uprawnione jedynie do pobierania wynagrodzenia za utworów przez ośrodki działające na podstawie art. 30 ustawy Prawo autorskie, nie zaś do udostępniania takich utworów.

Powołaną umowę ze Stowarzyszeniem Zbiorowego Zarządzania Prawami Autorskimi Twórców Dzieł Naukowych i Technicznych Kopipol z dnia 1 sierpnia 2005 r. odwołujący przedstawił Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 19 lipca 2011 r. W ocenie Izby z jej treści, w szczególności z § 1 ust. 1 i 2 oraz § 2, w sposób jednoznaczny wynika, iż Stowarzyszenie jest uprawnione do pobierania od ośrodków informacji lub dokumentacji wynagrodzenia za odpłatne udostępnianie pojedynczych fragmentów utworów sporządzonych i rozpowszechnianych na podstawie art. 30 ust. 2 ustawy Prawo autorskie.

Co ważne, Odwołujący wraz odwołaniem przedłożył Izbie opinię z dnia 14 czerwca 2006 r. dr Wojciecha M. Jej autor, na stronie 3, w sposób wyraźny stwierdził, iż zgodnie z dosłownym brzmieniem art. 30 ośrodki informacji lub dokumentacji nie mogą sporządzać kopii i rozpowszechniać całych opublikowanych utworów. W innym miejscu wyjaśnia, iż wszystkie artykuły ukazujące się w prasie drukowanej mają charakter utworów opublikowanych.

Sam Odwołujący, składając wraz z ofertą oświadczenie sporządzone na formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, potwierdził, iż artykuły prasowe pochodzące z publikacji periodycznych mają samodzielne znaczenie utworów. Tymczasem w toku rozprawy przed Izbą Odwołujący twierdził, iż utworem są publikacje periodyczne, natomiast wchodzące w ich skład artykuły prasowe są jedynie fragmentami tych utworów. Zgodnie z art. 30 ustawy o prawie autorskim może on rozpowszechniać takie fragmenty opublikowanych utworów. Nie kwestionował on przy tym w tym miejscu faktu, iż nie może rozpowszechniać całych utworów, jedynie na potrzeby tego stwierdzenia, uznał, iż utworem nie jest artykuł, a jedynie periodyk, w którym ten artykuł zamieszczono.



Wskazując w treści odwołania, iż usługa może być realizowana na dwa sposoby – na podstawie zgody dysponenta majątkowych praw autorskich (umowa licencyjna lub przeniesienie praw autorskich), albo też na podstawie licencji ustawowej (dozwolony użytek), Odwołujący twierdził jednocześnie, iż złożenie spornego oświadczenia odnoszącego się, w ocenie Izby w sposób jednoznaczny do pierwszego z tych sposobów, uprawnia go do realizowania przedmiotu zamówienia na drodze dozwolonego użytku.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż stanowisko Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne, stąd też nie może być uznane przez Izbę za należycie udowodnione.

Okolicznością nie kwestionowaną przez Strony jest fakt, iż na etapie oferty Odwołujący złożył oświadczenie, iż jego prawo do przetwarzania i udostępniania w całości artykułów prasowych pochodzących z publikacji periodycznych wymienionych w rozdziale II SIWZ wynika z zawartych przez niego umów cywilnoprawnych zawartych z podmiotami wymienionymi w tymże oświadczeniu. Odwołujący, tak Zamawiającemu, jak i Izbie w toku postępowania odwoławczego, nie przedstawił kopii umów przywołanych w tymże oświadczeniu. W ocenie Izby za taką, nie można uznać umowy ze stowarzyszeniem Kopipol. Jak przyznał sam Odwołujący stowarzyszenie to nie ma uprawnień do przenoszenia na inne podmioty prawa do przetwarzania i udostępniania w całości artykułów prasowych pochodzących z publikacji periodycznych.

Wobec powyższego Izba uznała, iż Zamawiający zasadnie uznał, iż Odwołujący zawarł w swej ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nie stanowi też naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył przepisu art. 92 ustawy Pzp. W ocenie Izby, uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, mimo swej lakonicznej formy, zawierało w sobie wystarczające informacje dla Odwołującego, aby ten mógł poznać przesłanki, którymi kierował się Zamawiający, a tym samym skutecznie skorzystać z przysługującego mu prawa do wniesienia środków ochrony prawnej, co zresztą uczynił.

Uwzględniając powyższe ustalenia i dokonaną ich ocenę, Izba uznała, iż Odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów uzasadniających prawidłowość prezentowanej przez siebie argumentacji. Sformułowane przez niego twierdzenia nie mogły zostać uznane przez Izbę za wystarczające dla uznania twierdzeń Zamawiającego za mniej wiarygodne od tez postawionych przez Odwołującego. Dlatego też Izba nie mogła dać wiary

argumentacji Odwołującego, wobec czego uznała, iż nie potwierdziły się zarzuty przez niego podniesione.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....